CONSIDÉRATIONS SOCIOLOGIQUES SUR LE DROIT MUSULMAN ANCIEN (1)

Tout examen sociologique du droit musulman ancien portant, non point sur sa structure générale, mais sur ses solutions positives, risque de se heurter à une difficulté liminaire : la suspicion que ce corps de doctrine compact ne soit passablement artificiel. Il apparaît en effet comme la construction érudite d'hommes de religion maintes fois, c'est certain, inattentifs à la vie. Au cours de l'histoire, ce droit musulman des théoriciens que nous offrent les ouvrages de *fiqh* n'a été appliqué que dans des proportions variables ; et il n'a jamais recouvert, au surplus, la totalité du champ juridique réel.

Il ne faudrait pas cependant tomber dans un excès de méfiance. S'il est exact que le divorce entre l'enseignement des docteurs et la pratique ne laisse point d'être grave et d'une extrême fréquence dans certains domaines (droit public, droit pénal, fiscalité par exemple), il en est d'autres où la justice des cadis a fait prévaloir, sur des portions considérables du territoire musulman, les normes du *fiqh:* sous l'angle de l'application effective, le « statut personnel » constitue, suivant en cela l'exemple même du Coran, la pièce maîtresse du système, le futur noyau de résistance jusqu'à nos jours ; et il serait injuste de méconnaître, sous le prétexte de multiples entorses et de la place largement concédée aux coutumes commerciales,

(1) Communication présentée au XXIII[e] Congrès International des Orientalistes, à Cambridge, le 26 août 1954.

l'emprise du droit doctrinaire patrimonial. Il y a plus : le caractère artificiel du droit qui résulterait de la condition et de l'attitude des juristes, législateurs véritables de l'Islam, est fort contestable en bien des secteurs juridiques. Quand leur pensée n'est pas dominée par une interdiction prégnante et absolue, comme celle du prêt à intérêt et de l'aléa, quand elle ne s'enfonce pas dans le dédale d'une casuistique exubérante, elle est fille bon gré mal gré de la réalité sociale, tantôt invariante, tantôt archaïque, tantôt novatrice et actuelle, d'une actualité parfois brûlante au moment de la formulation des règles ou de leur fixation.

La détection, derrière la façade du *fiqh*, de cette réalité sociale qui supporte le droit et le conditionne, me semble une tâche nécessaire, dans la mesure où nous le permettent nos moyens. La recherche, relativement aisée lorsqu'on s'en tient à des vues amples et imprécises, deviendra plus ardue, dans la plupart des cas, si l'on désire serrer le problème de plus près. Il doit être entendu que le réel, en l'occurrence, n'est point uniquement la société concrète dans sa structure affirmée, dans son fonctionnement obvie, mais qu'il comprend aussi, pour autant qu'on puisse y atteindre, les tendances collectives conscientes ou inconscientes à l'époque considérée. L'intérêt d'une pareille entreprise, à mes yeux, n'est pas de fournir une analyse descriptive cohérente ou détaillée, à laquelle il serait, du reste, fort périlleux de prétendre parvenir par cette voie. Il doit résider, bien plutôt, dans l'essai de déterminer, avec les nuances souhaitables, le niveau sociologique où l'on perçoit, à travers les productions des juristes, que se situe, dans son ensemble, la société humaine dont ils sont membres et pour laquelle ils élaborent leurs solutions.

Mon propos ici est d'examiner, par des exemples, si des matériaux utiles à cette détermination ne nous sont pas fournis par les divergences entre les écoles, en me bornant à titre provisoire, pour des raisons à la fois théoriques et pratiques sur lesquelles je ne crois pas avoir à m'appesantir, aux trois grandes écoles orthodoxes les plus anciennes qui aient survécu. L'ouvrage capital de mon excellent ami le Prof. Schacht (*Origins...*) a judicieusement attiré l'attention sur l'évolution générale ou

particulière des solutions protoislamiques. Je voudrais maintenant me demander si, une fois le *fiqh* assis et définitivement constitué, cet *iḫtilāf* entre les *maḏāhib* sunnites a une valeur sociologique, au moins dans quelques-unes de ses manifestations. S'il en est ainsi, il s'avèrera indispensable de procéder ultérieurement à la scrutation méthodique de ces divergences et d'en tenir compte dans l'appréciation sociologique circonstanciée susceptible d'être tentée sur l'ensemble du *fiqh* orthodoxe. Du même coup d'ailleurs — ce pourrait être le bénéfice le plus saillant de cette enquête — on aura chance d'avoir repéré des points sensibles, d'avoir mis le doigt sur certaines articulations d'un *devenir* sociologique qui, en matière musulmane, nous échappe trop souvent.

Le délicat, d'abord, est de dégager les éléments véritablement *significatifs* de la gangue amorphe — sociologiquement parlant — que constituent les décisions minutieuses accumulées. Ce sera bien des fois, plus encore, dans un deuxième temps, de les interpréter : si quelques dissemblances, en effet, s'inscrivent sans grande discussion possible dans une courbe évolutive clairement orientée, il en est d'autres d'une portée plus confuse ou plus indécise, soit en vertu de leur nature propre soit eu égard à leur contexte juridique qui ne saurait être négligé. La notion de stade sociologique demande à être maniée avec prudence, avec plus de prudence encore lorsqu'elle semble vouloir déboucher sur celle de progrès. En ce qui nous concerne, nous allons rencontrer à tout instant les traces plus ou moins profondes, plus ou moins nettes, de l'opposition, soulignée constamment par les anciens juristes, et pour une large part fondée sur un processus historique, entre les tendances du Hedjaz, vieille terre arabe, et celles de l'Irak conquis, aux conditions ethnographiques et sociales bien différentes, au substrat culturel puissant. Les actions et les réactions des premiers systèmes juridiques de l'Islam les uns sur les autres ont quelquefois durci, mais très souvent atténué les traits de cette opposition de base. Voyons, sous l'angle sociologique, comment les choses se présentent, en fin de compte, sur un certain nombre de points.

Une première illustration nous est fournie par deux critères qui interviennent dans le statut personnel : l'un intéresse la

date de la majorité, l'autre la filiation. On peut tenir pour assuré que lier étroitement la majorité légale aux manifestations physiques de la puberté témoigne d'un stade moins avancé que de fixer pour cette majorité, fût-ce à titre subsidiaire, un âge précis conventionnel (malaisé, du reste, à prouver en l'absence d'état civil). L'évolution, en la matière, est sensible entre la doctrine hedjazienne de Mālik et celle des principaux Irakiens : Abū Ḥanīfa et ses successeurs. Mālik s'en tient aux signes physiques de la puberté et, parmi ceux-ci, il accorde, s'il y a lieu, une valeur juridique décisive aux seuls phénomènes pileux *(inbāt)*. Abū Ḥanīfa ne va pas jusqu'à supprimer ce genre de critère, mais il le restreint en refusant de faire entrer en ligne de compte la pilosité ; et surtout il établit, à défaut de manifestations tout à fait probantes (émission de sperme, menstrues, grossesse), un âge limite : 18 ans pour les garçons, 17 pour les filles ; ses disciples immédiats descendent jusqu'à 15 ans, tandis que leur école reconnaît un autre âge fixe maximum pour la majorité quant aux biens (« chrématique ») : 25 ans, exactement — c'est symptomatique — la *legitima aetas* du droit romain. Les mālikites après Mālik et les šafiʿites accepteront à leur tour, mais seulement pour la majorité quant à la personne (« somatique »), des âges fixes maximums. Aš-Šāfiʿī, embarrassé par la question des phénomènes pileux, a pris sur elle une position hésitante, accompagnée d'un assez étrange distinguo.

Et voici en parallèle une observation relative à la filiation. Dans le système général du droit matrimonial musulman, où la consommation du mariage, sans être essentielle, entre assez largement en ligne de compte, il est curieux de relever que les ḥanafites, et eux seuls, attribuent d'office au mari la paternité de l'enfant né dans les délais légaux de la grossesse de l'épouse, même lorsqu'il y a eu impossibilité matérielle de cohabiter par suite, notamment, d'un grand éloignement ; le père putatif ne peut désavouer que par la formalité solennelle, rarement mise en œuvre, du *liʿān*, que le Coran met à la disposition du mari convaincu de l'adultère de sa femme, mais incapable de le prouver. Sauvegarde de l'intérêt de l'enfant à l'encontre de la réalité physique, accentuation d'une conception du mariage

où le rôle de la consommation s'estompe : ces deux aspects se complètent l'un l'autre, révélateurs d'une tendance propre, peut-être aussi d'une influence étrangère. Mais cette amorce de développement en est restée là.

Il convient sans doute d'expliquer à la fois par le goût de ces Irakiens pour une précision chiffrée, et par leur désir de valoriser le mariage, leur innovation consistant à fixer un taux minimum pour le douaire matrimonial *(ṣadāq)*. Mālik s'est rallié théoriquement à leurs vues, mais en adoptant un taux très bas (trois dirhems) qui, de ce fait, n'a guère de signification pratique. Ce sont les šāfi'ites, ici, qui sont restés fidèles à la vieille coutume hedjazienne, laquelle ne se souciait point d'un minimum.

Les cas qui viennent d'être évoqués peuvent passer pour secondaires. Il est d'un intérêt plus grand de se tourner vers des problèmes plus larges, d'une plus haute portée sociologique, et de jeter un coup d'œil, par exemple, sur la condition de la femme et celle de l'esclave.

Le processus d'insertion légale de la femme dans la famille à base masculine, qui se traduit par son admission au nombre des successibles, commence avec le Coran ; et les anciens juristes ont accentué ce mouvement en accordant une vocation successorale à plusieurs parentes qui, à l'origine, n'y avaient point droit. Mais seul des trois grands rites orthodoxes le ḥanafisme s'est avancé dans cette voie jusqu'à appeler normalement à la succession en troisième ligne, après les agnats, les femmes non-réservataires et les parents par les femmes : *ḏawū l-arḥām*, que nous pouvons traduire approximativement par « cognats ». Les mālikites s'y refusent absolument ; il en sera de même d'aš-Šāfi'ī, dont l'école n'a accepté plus tard l'ordre des cognats qu'avec des réticences tenaces et par le moyen d'une argutie. Relevons, en passant, que l'évolution dessinée par le ḥanafisme s'est achevée seulement en dehors de l'orthodoxie, chez les šī'ites imāmiens : ceux-ci fusionnent, dans leur système successoral, les *ḏawū l-arḥām* et les agnats.

La subordination de la femme à sa proche parenté masculine éclate aux yeux dans sa soumission à la contrainte matrimoniale ou droit de *jabr*. Ce droit s'exerce aussi, à la vérité, sur l'individu

mâle ; mais les anciens juristes ne l'admettent, d'un avis commun, que sur le garçon impubère. Leurs divergences se manifestent, au contraire, s'agissant du sexe féminin ; elles nous prouvent que, dans une partie notable de l'opinion publique, on n'eût point accepté de voir la fille, même majeure corporellement, se soustraire à cette contrainte, tout au moins quand celle-ci est le fait du père (et aussi, pour certains, de l'aïeul). Mālik est probablement, dans sa sévérité, le plus proche, avec le juge irakien Ibn Abī Laylà, de la vieille coutume arabe ; tous deux n'exemptent que la fille pubère qui a perdu sa virginité ; aš-Šāfiʿī y ajoute la fille impubère déflorée. Abū Ḥanīfa, ayant renoncé à considérer la virginité présente ou absente, libère toute fille pubère du droit de *jabr*. Dans le même sens, Abū Ḥanīfa préconise la solution la plus libérale pour la femme au sujet de l'institution traditionnelle du tuteur matrimonial *(walī)*. Il autorise la femme à remplir cette fonction pour elle-même ou pour autrui, ou à mandater, pour son propre mariage, une autre personne que son *walī* naturel, sauf faculté pour les proches parents de s'opposer à une union dégradante. Ses disciples, d'ailleurs, ne l'ont que partiellement suivi : indice d'une pression sociale qui faisait frein. Mālik, ici encore, est sans doute le plus près du vieil usage : pour lui, d'ordinaire, le mariage, doit être conclu par le *walī* naturel, cette obligation tombant comme d'elle-même lorsque la femme est de basse condition. Mais ses propres élèves et aš-Šāfiʿī ont systématisé la règle en supprimant cette exception.

C'est, une fois de plus, Abū Ḥanīfa qui, à l'opposé de Mālik, fait confiance à la femme en l'assimilant à l'homme pour ce qui est de la majorité « chrématique ». Mālik prolonge son statut d'infériorité en ne l'émancipant qu'après la consommation, au moins présumée, du mariage ; et, par une dernière et persistante restriction, il ne permet pas à l'épouse de disposer en libéralités de plus du tiers de ses biens sans autorisation maritale : ce tiers évoque la quotité disponible pour le legs. Une pareille règle est issue vraisemblablement d'un compromis. Elle donne une satisfaction limitée aux prétentions maritales — nouvelles ou anciennes ? — qui se sont exprimées en des maximes plus absolues. Sur les deux points que nous venons de

voir, aš-Šāfi'ī et son école ont rallié la position plus libérale d'Abū Ḥanīfa.

Ainsi, en face du mālikisme primitif, le ḥanafisme marquerait une avance sociologique dans le statut féminin. Ceci est vrai au regard de la place juridique que la femme occupe dans la famille et de sa propre capacité. Mais, en contre-partie, le lien conjugal pèse sur elle, dans cette école, plus lourdement, en ce sens qu'elle y est insuffisamment protégée contre les manquements les plus fâcheux du mari à son égard : défaut de l'entretien légalement dû *(nafaqa)* ou sévices graves ; Mālik, dans les deux cas, ouvre la porte à un divorce judiciaire, que les šāfi'ites à leur tour n'acceptent que dans une mesure réduite. Le ḥanafisme a refusé d'entériner cette pratique, sans doute neuve dans sa forme, mais qui pourrait être l'écho d'un vieux droit coutumier arabe, dans lequel l'épouse abandonnée ou maltraitée aurait eu moyen de recouvrer, d'une façon ou de l'autre, sa liberté.

La confrontation entre mālikisme et ḥanafisme sur le statut de l'esclave, où les innovations šāfi'ites sont fort minimes, est suggestive à son tour. Les solutions mālikites sont empreintes, en cette matière, d'un certain *paternalisme*, qui s'explique vraisemblablement par l'état social des cités hedjaziennes autant que par l'influence lénifiante de l'Islam. L'esclave musulman y tend, au sein de la famille patriarcale, à un statut voisin de celui d'homme libre : il peut, sous réserve d'une intervention ultérieure du maître, se marier lui-même, et il a droit à quatre épouses comme l'homme libre, contrairement à la règle générale qui réduit pour lui de moitié les chiffres donnés par le Coran ; il exerce, en dépit de quelques restrictions, un droit véritable de propriété *(milk)* ; s'il est autorisé à commercer, la responsabilité personnelle entière *(ḏimma)* qui lui est reconnue lui épargne, quand il est hors d'état de payer ses dettes, d'être vendu pour les couvrir ; il peut, comme l'épouse, réclamer sa libération en cas de sévices.

Le ḥanafisme repousse toutes ces conceptions ; davantage encore, il souligne l'infériorité de l'esclave en désapprouvant qu'il soit directeur de la prière *(imām)*, en lui interdisant, s'il est marié et veut accuser sa femme d'adultère sans fournir de preuve légale, la procédure coranique du *li'ān*, en lui refusant

— malgré la tolérance partielle d'Abū Ḥanīfa lui-même — les fonctions d'exécuteur testamentaire *(waṣī)*, en exigeant que sa *diya* ou compensation pécuniaire demeure au-dessous de la *diya* de l'homme libre, et surtout — ce qui est le plus gros de conséquences sociales — en ne contraignant dans aucun cas le maître à reconnaître comme siens les enfants d'une femme esclave lui appartenant. Ce raidissement est sans doute révélateur d'une société plus dure, plus différenciée, aux classes sociales plus tranchées, ce qui peut signifier, en dehors de tout jugement de valeur, un stade sociologique plus évolué que celui du Hedjaz. Le ḥanafisme, au reste, libère plus sûrement certaines catégories d'esclaves : l'esclave en copropriété affranchi par l'un des maîtres, et l'esclave affranchi à cause de mort *(mudabbar)* par un maître endetté. Son caractère évolutif se traduit aussi dans le droit pénal canonique dont cette école s'efforce d'ordinaire, par principe, d'atténuer la rigueur : pas de talion pour blessure intentionnelle et pas de qualité de *muḥṣan* (risquant d'entraîner la mise à mort pour adultère) lorsque l'une ou l'autre des deux parties est esclave ; mais sauvegarde de la vie de l'esclave, à l'encontre des autres rites, par la menace d'exécuter son meurtrier homme libre : ceci est un trait indubitable de progrès social. Dans un ordre d'idées distinct, très significatif, le ḥanafisme renonce à deux vieilles pratiques arabes, que le mālikisme, au moins théoriquement, a maintenues : l'affranchissement sans patronat *(ʿitq as-sāʾiba)*, en vérité de peu d'importance historique sous l'Islam, et — institution fort curieuse dans son archaïsme assez tôt désuet — le recours à des physiognomonistes spécialisés *(qāfa)* pour résoudre certains cas douteux de paternité lorsque la mère est une esclave concubine. Ainsi les Irakiens n'avaient-ils que faire de cet art dans lequel les Arabes anciens étaient, nous dit-on, aussi versés que dans celui de reconnaître leur chemin en flairant le sol ou dans l'ornithomancie : *as-siyāfa wa-l-ʿiyāfa wa-l-qiyāfa*. Je regarderais enfin volontiers comme une avance sociologique la défiance des ḥanafites, sensible également en d'autres secteurs, envers la procédure du tirage au sort *(qurʿa)* : ils n'acceptent pas d'en user, comme les autres juristes, pour faire un choix entre esclaves à affranchir.

Si nous passons de l'individu à la parenté, ou plus exactement aux droits et obligations des membres de la famille, voire de la tribu, nombre de solutions de détail dans les trois grands rites orthodoxes requièrent d'être examinés du point de vue qui est le nôtre : je m'emploie à le faire ailleurs. Qu'il me soit permis toutefois de rappeler que j'ai souligné, voici quelques années, l'intérêt sociologique qui s'attache à la place du grand-père dans la hiérarchie des héritiers naturels. Et méditons, dès à présent, la leçon qu'il faut tirer de deux institutions de droit pénal aussi parlantes socialement que la *'āqila* et la *qasāma*.

L'évolution de la *'āqila*, c'est-à-dire du groupe des congénères auxquels incombe l'acquittement de la composition en cas de meurtre ou blessure non-intentionnel, est bien connue. Illustration de la solidarité tribale chez les Arabes, elle a gardé ce caractère dans les écoles, mālikite et šāfi'ite, qui ont des attaches directes avec le Hedjaz : la *'āqila*, pour elles, ce sont les agnats. Avec les ḥanafites, le concept s'élargit et se transforme. Pour eux, la *'āqila* se compose de préférence des compagnons d'armes inscrits sur le même registre de soldes militaires, ou des artisans-commerçants du même souk. Est-il conséquence plus évidente de changements sociaux profonds ? Ajoutons que la décision, suivie par plusieurs disciples de Mālik, d'après laquelle le coupable fait partie de sa propre *'āqila*, est certainement une autre innovation irakienne, contraire à l'esprit originel de l'institution.

Une constatation très proche doit être faite, qui sauf erreur n'a pas été faite jusqu'à ce jour, à propos de la *qasāma*, serment collectif de procédure exceptionnelle lorsqu'il y a doute ou ignorance quant à la personne du meurtrier. Cette survivance préislamique de la solidarité tribale en matière criminelle est conservée par le mālikisme sous la forme assurément la plus archaïque et la plus exorbitante : celle du serment *accusateur* des contribules qui, à défaut de preuve légale, suffit à faire mettre à mort un assassin présumé. Les ḥanafites, eux, ne veulent connaître qu'une cojuration *défensive*, et, qui plus est, à la charge de la collectivité au sein ou près de laquelle le meurtre a été commis : collectivité territoriale, et non point tribale le plus souvent, selon des modalités qui achèvent de dégrader le rôle

de l'antique *ʿāqila*. Le šāfiʿisme demeure fidèle au principe hedjazien de la *qasāma* accusatrice ; mais il en atténue l'effet, en modifie la procédure et il lui arrive de jeter un pont vers la solution ḥanafite.

Nous avons vu le ḥanafisme tendre à remplacer, en matière pénale, par une solidarité à base géographique l'antique solidarité tribale. Il faut expliquer de même, j'en suis convaincu, par une considération du même ordre la différence entre le retrait d'indivision *(šufʿa)* ḥanafite et celui des autres *maḏāhib*. Les juristes fidèles à la coutume du Hedjaz l'accordent aux copropriétaires seulement ; les ḥanafites ajoutent les voisins au nombre des ayants-droit. Or tout concourt à nous montrer que les copropriétaires primitifs se confondaient, en Arabie, avec les membres de la famille ou du clan. Disons mieux : le voisin, lui aussi, était à l'origine un contribule, par le sang ou par l'adoption ; et il se peut qu'il ait d'abord joui au Hedjaz du droit de retrait ; mais, au IIe siècle de l'hégire, plus de confusion de ce genre : le voisin est d'ordinaire regardé comme un étranger ; et les juristes médinois entendent limiter le retrait aux parents, plus étroitement encore aux parents copropriétaires. Leur formule, il est vrai, porte toujours uniquement « les copropriétaires » ; et ce sera la porte ouverte légalement, pour plus tard, au retrait opéré par n'importe quel copropriétaire, quels que soient et ses rapports avec les autres et l'origine de la propriété. Mais, les docteurs mālikites n'ont pas manqué d'accorder aux parents cohéritiers la priorité en cas de concurrence entre retrayants ; et surtout il suffit de suivre les discussions casuistiques traditionnelles sur le sujet, et de se reporter aux applications concrètes telles qu'on les enregistre encore au siècle dernier, pour se persuader que presque toujours la copropriété en cause était familiale : c'est elle qui, dans les textes, était fondamentalement visée. Les ḥanafites, accordant ce droit au voisin — voisin quelconque —, rejoignaient de la sorte la προτίμησις byzantine, comme on l'a remarqué depuis longtemps, et il n'est pas exclu que cet exemple soit pour quelque chose dans la fixation de leur doctrine ; mais le motif essentiel de cette concordance me semble plutôt résider dans la quasi-

identité de la réalité sociale sous-jacente en ce Proche-Orient, hors d'Arabie.

Il est encore, en face du mālikisme, deux positions ḥanafites symptomatiques d'un climat social qui n'était pas celui de l'Arabie. L'une d'elle souligne et accrédite une hiérarchisation au sommet de laquelle les Arabes sont installés : c'est à propos de l'égalité de condition *(kafā'a)* exigible entre les époux que les Arabes apparaissent comme supérieurs aux non-Arabes convertis ou *mawālī*. A l'intérieur même de ces deux catégories, des discriminations supplémentaires jouent ; c'est ainsi que les Quraišites ont la primauté sur les membres des autres tribus, et que les *mawālī* ne deviennent égaux entre eux qu'à la troisième génération dans l'Islam. L'égalité s'estime dans la personne du mari par rapport à l'épouse, dont on redoute la déchéance ; mais il est loisible de passer outre, si les proches parents de la femme, gardiens des intérêts moraux du clan, ne s'y opposent pas. Les šāfi'ites, avec quelques variantes, se sont rangés à ces vues. Quoi d'étonnant, si l'on y réfléchit, à ce que soit précisément *en dehors de l'Arabie* que des juristes anciens aient été tenus de sanctionner la supériorité sociale des Arabes conquérants, au moment même, au reste, où elle commençait à être menacée ? L'autre position ḥanafite — à laquelle les šāfi'ites, cette fois, n'ont pas adhéré — est la validité du *walā' al-muwālāt*, pacte de clientèle conclu entre deux hommes libres, ordinairement lorsque l'un d'eux avait converti l'autre à l'Islam : vestige et adaptation des vieux pactes de clientèle ou de fraternité que l'Islam combattait en Arabie, il avait fleuri en Irak et ailleurs lors des grandes conquêtes, assurant aux nouveaux convertis la protection d'individus ou de clans arabes. Même si l'institution avait entre temps perdu beaucoup de son importance pratique, il est remarquable que la grande école juridique irakienne l'ait entérinée.

Dans les pages qui précèdent nous avons, somme toute, très peu touché à ce qui s'appelle, en Occident, le droit des obligations. Non qu'il soit d'une moindre signification pour nos recherches ; mais l'examen sociologique en est d'ordinaire plus compliqué, avec une plus grande marge d'incertitude ; il ne s'accommode point d'un exposé sommaire sans discussions

préalables approfondies. Le cas du retrait d'indivision, évoqué ci-dessus, est privilégié à cet égard, tant il est manifestement lié à des états sociaux. Il ne serait pas non plus malaisé de mettre en relief l'arrière-plan sociologique d'autres solutions ḥanafites : le démantèlement, par exemple, de vieux contrats arabes de donation viagère, de types divers *('umrà, ruqbà)*. On pourrait encore, sans trop de risque, souligner d'emblée combien le ḥanafisme, sur plusieurs points, suppose une société plus différenciée, plus fortement étatisée : il fait une catégorie distincte — reconnue seulement plus tard, après flottement, par les autres rites — de l'artisan public *(ajīr muštarak)*, il prescrit l'emprisonnement pour dettes, il subordonne strictement à l'autorisation du prince l'occupation et la mise en culture des « terres mortes » *(mawāt)* ; les conditions qu'il pose pour la prière du vendredi vont, au reste, dans le même sens. Mais le plus souvent l'interprétation s'avèrera difficile pour plusieurs motifs, pris séparément ou conjugués : l'enchevêtrement des solutions de détail, ou l'emprise excessive et déformante des interdits contre lesquels s'organise de très bonne heure une fraude à la loi *(ḥiyal)*, ou les fluctuations, d'une époque à l'autre, d'un pays à l'autre, à l'intérieur du même rite. Elle nécessite, au moins autant que l'étude fouillée des institutions elles-mêmes, celle de concepts généraux dont le degré de présence ou de développement dans un système juridique donné a une valeur sociologique : nullité, volonté, travail, abus du droit, *amāna*, et autres. Là-dessus, les *maḏāhib* diffèrent. Dans quelle mesure ? C'est ce qu'il conviendra de se demander, sans inférer à l'avance des considérations ici offertes la position sociologique respective des *maḏāhib* en d'autres domaines, et en prenant garde principalement, dans cette sorte de tentative sur une route semée d'embûches, à deux pièges majeurs : l'attribution *ex officio* à une période ancienne de solutions plus récentes ou plus récemment explicitées, et l'introduction forcée dans le système de droit considéré, sous prétexte de mieux le comprendre, de notions qui ne lui appartiennent pas.

Ainsi, menée avec précaution et résolution, l'investigation que je propose me paraît susceptible d'arracher quelque peu l'histoire du *fiqh* à son assez pénible aridité. Elle l'aidera à

réintégrer, au moins partiellement, l'histoire de la société et de la pensée islamiques. Une fois de plus, mais dans un sens renouvelé, la divergence entre les écoles se révèlera bénéfique, et raison sera donnée à l'adage classique qui, sous une forme imagée, nous enseigne que l'*iḫtilāf* est la clé véritable du droit musulman traditionnel : « Qui ne connaît pas l'*iḫtilāf* ne flaire pas l'odeur du *fiqh* » *(man lam ya'rifi l-iḫtilāfa lam yašumma l-fiqha bi-anfih).*

Robert Brunschvig
(Bordeaux).